Natur und Wirkungen der Vereinbarung,

daß aus beliebigem Grunde geschuldetes Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Theodor van Harten

Gerichtsreferendar aus Hamminkeln.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meinen lieben Eltern

in dankbarer Verehrung gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. A. Einleitung: Abgrenzung des Themas 1

B. Hauptteil:

I. Einige Vorfragen bezüglich der Natur des Darlehnsvertrages:

§ 2. 1. Gibt es im modernen Recht noch „Real"verträge? 4

§ 3. 2. Gehört das Darlehn zu den Realverträgen und wie stellt sich das BGB. zu dieser Frage? . . 11

II. Natur der Vereinbarung, daß aus beliebigem Grunde geschuldetes Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll.

a) Die möglichen Konstruktionen:

§ 4. 1. Die Konstruktion eines wirklichen Darlehns . . 16

2. Die Konstruktion einer abstrakten Schuldverbindlichkeit

§ 5. α) Kurze Charakteristik des abstrakten Vertrages im römischen und gemeinen Recht und im BGB. 23

§ 6. β) In unserer Vereinbarung kann ein abstrakter Vertrag liegen 28

b) Das Verhältnis der neuen Verbindlichkeit zur alten Schuld.

§ 7. Die Novation im römischen, gemeinen und heutigen Recht 32

§ 8. Liegt Novation vor?

1. im Falle, daß ein wirkliches Darlehn zustande kommt;

2. im Falle, daß ein abstrakter Vertrag vorliegt . . 37

III. Wirkungen der Vereinbarung, daß aus beliebigem Grunde geschuldetes Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll.

Seite

§ 9. 1. Bei Begründung eines wirklichen Darlehns . . . 41

§ 10. 2. Bei Begründung einer abstrakten Schuldverbindlichkeit.

a) Die dem novatorischen und akzessorischen Vertrage gemeinsamen Wirkungen.

b) Die Verschiedenheiten der Wirkungen.

α) Die Schuldverbindlichkeit ist novatorischen Charakters.

β) Sie ist akzessorischen Charakters 46

C. Schluß. Die regelmäßige Konstruktion ist wohl die einer abstrakten Schuldverbindlichkeit akzessorischen Charakters 51

Literaturverzeichnis.

Adler, Realkontrakt und Vorvertrag. Aufsatz in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 31.

Arndts, Pandekten. 8. Aufl. 1874.

Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Dritte durch Nachtrag vermehrte Auflage. Leipzig 1894.

Baron, Gesamtrechtsverhältnisse. 1863.

Baron, Pandekten. 9. Aufl. 1896.

Biermann, Kommentar zum BGB. 1899.

Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung. Göttingen 1895.

Brinz, Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1882.

Brinz, Kritische Blätter. Bd. 1 Nr. 1. Erlangen 1852.

Collatz, Zur Lehre vom Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und der Quittung. Aufsatz in Iherings Jahrbüchern Bd. 40.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Jena 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.

Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte. Freiburg i. Br. 1897.

Crome, Das französische Obligationenrecht. Mannheim 1894.

Dankwardt, Umlauf der Güter; der Kredit. In Nationalökonomie und Jurisprudenz Heft 3.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 2. Aufl. Halle 1900/01.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1900/01.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. 5. Aufl. Halle 1897.

Eisele, Zeitschrift für schweizerisches Recht. Bd. 3. 1884.

Endemann, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch. 6. Aufl. Berlin 1899.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 1900.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. Marburg 1899.

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Lesung 1888; 2. Lesung 1895.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 5. Aufl. Berlin 1887.
Heilfron, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. 1900/01.
Huschke, Lehre des römischen Rechts vom Darlehn. Stuttgart 1882.
Ihering, Geist des römischen Rechts. 2. Aufl. 1866.
Keller, Pandekten. 2. Aufl. 1866/67.
Klemperer, Zu § 607 II BGB. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 43.
Kohler, Archiv des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1889.
Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Recht. Mannheim 1883.
Krahmer, Darlehnsbegriff nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Halle 1900.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. Berlin 1898.
Lammfromm, Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag. 1897.
Liebe, Der abstrakte obligatorische Vertrag im modernen Recht. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 28.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1900.
Merkel, Der römischrechtliche Begriff der Novation und dessen Anwendbarkeit im heutigen gemeinen Recht. Straßburg 1892.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1888.
Neumann, Handausgabe des BGB. 2. Aufl. 1900.
Oertmann, Kommentar zum BGB. Berlin 1899.
Planck, Kommentar zum BGB. 2. Aufl. Berlin 1900.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1897.
Puchta, Pandekten. 12. Aufl. 1877.
Reinhold, Natur der sogen. Realkontrakte. 1888.
Römer, Bedingte Novation. Tübingen 1863.
Rümelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen nach BGB. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 97. 1905/06.
von Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht. Berlin 1864.
Salkowski, Zur Lehre von der Novation. Leipzig 1866.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des BGB. Erlangen 1899.
Scherler, § 610 BGB., Beiträge zur Lehre vom Realvertrag. Göttingen 1903.

von Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Wien 1890.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. München 1900.
Seufferts Archiv.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Leipzig 1868.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts. Leipzig 1898.
Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach BGB. Leipzig 1903.
Unger, Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 8 Nr. 7.
von Vangerow, Pandekten. 6. Aufl. 1863.
Weyl, Vorträge über das bürgerliche Recht. München 1898.
Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0051

A. Einleitung.

§ 1.

Abgrenzung des Themas.

Eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner des Inhaltes, daß Geld oder andere vertretbare Sachen, welche bisher nicht aus einem Darlehn, sondern aus einem anderen Rechtsgrunde geschuldet wurden, künftig als Darlehn geschuldet werden sollen, kommt im Verkehrsleben überaus häufig vor. Der Schuldner von Mietzins, Kaufgeld usw. kann z. B. zur Zeit der Fälligkeit nicht zahlen und stellt deshalb einen Schuldschein aus, worin er bekennt, dem Gläubiger den bisherigen Mietzins, das rückständige Kaufgeld als Darlehn schuldig zu sein, dieses mit so und soviel Prozent zu verzinsen und nach vorheriger Kündigung an einem bestimmten Termine zurückzuzahlen.

Nahezu 2000 Jahre hat die Frage, ob einer solchen Vereinbarung Rechtswirksamkeit zugesprochen werden dürfe, den Rechtsverkehr bewegt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat jetzt definitiv den gordischen Knoten durchhauen, indem es im § 607 Abs. 2 mit klaren Worten sagt: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehn geschuldet werden sollen."

Wenn nun auch auf den ersten Blick kaum ein Zweifel wird entstehen können, daß hier ein Darlehnsvertrag vorliege, so herrscht doch bezüglich der Frage, ob in Wirklichkeit die

Vereinbarung ein Darlehn begründe, großer Streit, und läßt auch § 607 II BGB. „diese" Frage vollkommen unentschieden.

Wie aus den[1]) Motiven ersichtlich, soll im § 607 II BGB. auch nicht direkt bestimmt werden, daß durch die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehn ein materielles Darlehn begründet werde; es soll vielmehr nur bestimmt werden, daß die Vereinbarung, das Geld künftig als Darlehn schulden zu wollen, gültig und an sich das Fundament einer Darlehnsklage abzugeben geeignet sei, so daß also der Gläubiger nicht Gefahr zu laufen braucht, auf den Einwand der Klageänderung hin mit seiner Klage abgewiesen zu werden.

Auch in der 2. Kommission war man sich über die Natur der Vereinbarung aus § 607 II BGB. nicht einig, wie dies aus den[2]) Protokollen hervorgeht.

Von der einen Seite wurde hervorgehoben, daß das heutige Recht die Möglichkeit gewähre, jeder bestehenden Schuld die Eigenschaft einer Darlehnsschuld beizulegen, und zwar derart, daß die frühere Schuld umgestaltet werden und von nun an so fortbestehen solle, als ob sie von Anfang an als Darlehnsschuld begründet worden sei. Im Verkehr sei sehr häufig mit der Umwandlung in eine Darlehnsschuld die Feststellung des Schuldbetrages verbunden und pflege hierüber ein Schuldschein (Darlehnsschein) ausgestellt zu werden. In Wirklichkeit handle es sich hier um das Anerkenntnis eines Schuldverhältnisses, in welchem der Betrag festgestellt werde. Die Bezeichnung der Schuld als Darlehnsschuld eigne sich ganz besonders für ein abstraktes Versprechen.

Auf der anderen Seite wurde wieder bestritten, daß regelmäßig ein Anerkenntnis mit der Umwandlung verbunden sei.

---

[1]) vgl. Motive zu § 454 des Entwurfs zum BGB.

[2]) Protokolle zum Entwurfe II zu § 454.

Was vorliege, lasse sich nur aus den Umständen des konkreten Falles ermitteln.

Es wird sich daher lohnen, sich etwas näher mit der Frage nach der Natur und den Wirkungen der in Rede stehenden Vereinbarung zu befassen.

B. Hauptteil.

I. Einige Vorfragen bezüglich der Natur des Darlehnsvertrages.

§ 2.

Gibt es im modernen Recht noch Realverträge?

Wenn es auch nicht an Stimmen fehlt, welche in unserer Vereinbarung ein wirkliches Darlehn erblicken,[1]) so ist doch auch groß die Zahl derer, welche aufs energischste die Ansicht verfechten, daß in ein wirkliches Darlehn eine bestehende Schuld niemals verwandelt werden könne.[2]) Letztere stützen sich bei Begründung ihrer Ansicht hauptsächlich darauf, daß die Umwandlung in ein wirkliches Darlehn mit der Natur des Darlehns als eines Realkontraktes völlig unvereinbar sei, da doch hier nicht auf Grund einer Hingabe der andere zur Rückgabe des Empfangenen verpflichtet sei, sondern nur auf Grund einer Obligation zur Zahlung einer Geldsumme verpflichtet werde.

Diese Einwendungen veranlassen uns, zunächst einmal näher auf die Frage einzugehen, ob es denn überhaupt im modernen Recht noch Realverträge gibt, insbesondere ob der Darlehnsvertrag dazu gehört.

---

[1]) vgl. Windscheid a. a. O. § 370; v. Salpius a. a. O. S. 325 ff.; Salkowski a. a. O. S. 60 ff.; Dernburg, Pand. II S. 231; v. Schey a. a. O. S. 85; Engelmann a. a. O. S. 295.

[2]) Bähr a. a. O. S. 250 ff.; Römer a. a. O. S. 8 ff.; Hruza, Novation S. 88; Brinz, Pand. S. 390 ff.

„Realkontrakte", sagt Sohm, „sind diejenigen Kontrakte, die auf Grund einer Vermögenshingabe (res) klagbar sind."

Daß es im römischen Rechte Realkontrakte gegeben hat, unterliegt keinem Zweifel und bedarf daher auch keiner näheren Erörterung bezw. Begründung. Bestritten ist die Frage nach dem Vorhandensein von Realkontrakten mehr im gemeinen Rechte. Sobald nämlich der deutsch-rechtliche Satz, daß jeder Vertrag, wenn er nur gültig sei, auch mit Klage geltend gemacht werden könne, gemeines Recht geworden war, stellte man die Behauptung auf, daß jetzt, wo jede Schuldverpflichtung durch bloßen formlosen Konsens in gültiger und klagbarer Weise begründet werden könne, das Prinzip der Konsensualverträge den Sieg über den Formalismus der alten Zeit davongetragen habe, und jeder Vertrag jetzt Konsensualvertrag sei.

Zweifellos hat allerdings die Klagbarkeit aller pacta im gemeinen Recht den bestehenden Rechtszustand geändert; denn gerade die Klaglosigkeit der pacta hatte bei den Römern zu der Notwendigkeit geführt, die res zur Begründung der Obligation zu verwenden. „Dare quidquam necesse est, ut substantiam capiat, obligatio!" Aus dem Umstande aber, daß bei uns jetzt Formfreiheit herrscht und daher die res nicht mehr die Bedeutung wie einst im römischen Recht hat, folgt aber doch noch keineswegs, daß dem „dare rem" im heutigen Recht gar keine Bedeutung mehr beizulegen ist.

Die Anhänger der Konsensualvertragstheorie wollen als Grundlage des Realvertrages den Konsens aufgefaßt wissen; die Verabredung zur Hingabe erzeuge die Verpflichtung aus dem Vertrage, und die Leistung geschehe solvendi und nicht credendi, obligandi causa. So wird von Dankwardt[1]) die Hingabe mehr als etwas Nebensächliches hingestellt; dieselbe sei

[1]) Dankwardt a. a. O. S. 16 ff.

nur wesentlich, um die bis dahin bedingte Pflicht zur Rückgabe zur unbedingten zu machen. Die Hauptsache sei der consensus.

Kohler[1]) geht von dem Beispiel aus, daß der Anleiher von Geld, welches an einem bestimmten Tage für ihn bereit liege, dasselbe nicht abhole, und daß infolgedessen der Darlehnskreditor 3% Zinsen verlange als Differenz zwischen den im Darlehnsvertrage zugesicherten 6% Zinsen und den 3% Zinsen, welche ihm der Bankier nur zahle. Diese Forderung, sagt Kohler, sei in jeder Weise begründet, und die Klage auf 3% Zinsen sei keine Schadensersatzklage, sondern eine Vertragserfüllungsklage. Die Darlehnszusage, wie sie hier vorliege, sei kein vorbereitendes pactum, dem erst mit der Auszahlung der Darlehnssumme der den Empfänger zur Zinszahlung verpflichtende Realkontrakt nachfolge. Eine derartige Auffassung, welche im römischen Rechte ihre Berechtigung gefunden habe in der beschränkten obligatorischen Kraft der pacta, wäre im modernen Recht, wo durchaus das entgegengesetzte Prinzip gelte, vollkommen verfehlt.

Dem ist jedoch mit der herrschenden Lehre entgegenzuhalten, daß die Hingabe der Darlehnssumme keineswegs als Erfüllung des Darlehnsvertrages durch den Gläubiger anzusehen ist, sondern lediglich — falls überhaupt ein pactum de contrahendo vorausgeht — als Erfüllung dieses Vorvertrages und als Entstehungsgrund der Darlehnsschuld erscheint. Die Klage aus dem Konsensualkontrakt geht nicht auf das Geben und Nehmen der Sache, sondern geht nur auf den Abschluß des Hauptvertrages, des eigentlichen Realvertrages. Das pactum steht gewissermaßen über dem eigentlichen Realvertrag, der auch seinerseits wieder ganz selbständig dasteht.

Unbegreiflicherweise behaupten Unger[2]) und Hasen-

---

[1]) Kohler, Gesammelte Abhandlungen.

[2]) Unger a. a. O. S. 1 ff.

öhrl,[1] die ganze Frage habe nur theoretisches Interesse. Zu Unrecht! Ist es denn vielleicht bedeutungslos, ob z. B. der Kläger die Hingabe der Valuta als Entstehungsgrund der Obligation zu beweisen hat, oder ob die Klage schon durch bloße Berufung auf den Vorvertrag substanziert ist? Würde man ferner das Darlehn als Konsensualvertrag behandeln, so würde der Schuldner befugt sein, seine Rechte aus dem Vertrage zu zedieren; weiter würde sich event. gemäß § 269 BGB. der Erfüllungsort ändern, wenn der Schuldner während des zwischen der Verabredung und Hingabe liegenden Zeitraumes seinen Wohnsitz änderte. Kurzum, eine ganze Reihe von praktischen Konsequenzen, so daß also dieser Einwand ohne weiteres in sich zusammenfällt.

Wenn nun auch weiterhin die Gründe, aus denen die Römer die Existenz von Realverträgen herleiteten, heute nicht mehr als durchschlagend angesehen werden können, so ist damit doch noch keineswegs erwiesen, daß es heute keine Realverträge mehr gibt. Sehr verschiedenartig sind allerdings die Gründe, welche diejenigen, welche für das Vorhandensein von Realkontrakten eintreten, anführen. Brinz[2]) glaubt den Unterschied zwischen Real- und Konsensualverträgen machen zu müssen, weil die Verpflichtung des Schuldners bei gewissen Verträgen erst dadurch zustandekomme, daß der Geber die Hingabe mit der Auflage der Rückgabe mache. Die Hingabe — datio — sei caput und fundamentum des ganzen Geschäftes und die Verpflichtung nur um der datio, der res wegen, nicht die res verpflichtungshalber da; durch sie werde die Hingabe beschränkt, denn jede Verpflichtung, mit einem Empfange verknüpft, erscheine als eine Einschränkung der Hingabe. Diese Einschränkung könne aber

---

[1]) Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht § 226 Note 36.

[2]) Brinz, Pandekten S. 29 ff und 371.

juristisch nichts anderes als einen modus bedeuten, dessen jedes dare fähig sei. Man habe es daher mit zwei Vertragsarten in einem Akte zu tun; sei doch die res ein dare, also selbst ein Vertrag, an die die Obligation geknüpft erscheine, m. a. W. die obligatorische Verpflichtung sei nur ein modus der Hingabe. Daß diese Konstruktion sehr gesucht ist, leuchtet ohne weiteres ein, und hat dieselbe daher auch sogar seitens der Anhänger der Realvertragstheorie großen Widerspruch gefunden. So verwirft Eisele[1]) einen derartigen modus-Begriff. Der modus, führt er mit Recht aus, komme nur zu den entgeltlichen Vermögenszuwendungen hinzu und zu solchen, die ihre kausale Bestimmtheit schon hätten und also durch den modus ihren juristischen Charakter nicht im mindesten änderten, während er bei den Realkontrakten der an sich charakterlosen traditio einen juristischen Charakter erst verleihen müsse. Ferner gehe hier der modus auf Rückgängigmachung, sei also das erwünschte Resultat, während dies in der Regel doch das unerwünschte Resultat sei, wenn dem modus zuwidergehandelt würde. Kurz gesagt: der modus muß als Auflage auch fehlen können; hier konnte er es nicht, also haben wir es auch nicht mit einem modus zu tun.

Brinz widerspricht sich übrigens auch selbst, wenn er den modus richtigerweise als „Nebengeschäft" bezeichnet und dann doch an anderer Stelle res und consensus als unzerstörbare Einheit ansieht.

Merkwürdigerweise hat sich auch Windscheid[2]) der Brinzschen Theorie angeschlossen. Er meint: „Es gibt zwar keine Verträge mehr, bei denen eine Leistung des Gläubigers an den Schuldner aus formellen Gründen nötig wäre, wohl aber gibt es Verträge, die dadurch zustandekommen, daß

[1]) Eisele a. a. O. S. 10 ff.
[2]) Windscheid a. a. O. § 312 Anm. 5.

unter der Auflage einer Verpflichtung gegeben und mit dieser Auflage genommen wird.

Den Vorzug vor der Brinzschen Theorie hat die Theorie Ungers[1]) insofern, als er wenigstens in Erwägung zieht, daß der modus nur zu liberalen Zuwendungen hinzutritt. Er führt dazu etwa folgendes aus: Da eine Verpflichtung zur Rückgabe durch vorherigen Empfang bedingt sei, so bestehe dort, wo keine Verpflichtung zur Empfangnahme gelte, wo das ganze Geschäft das Geben und Nehmen in obligatorischer Absicht, lediglich den Vorteil des Empfängers und nicht nur oder doch auch den des Gebers bezwecke, eine Obligation des Empfängers vorher überhaupt nicht. Diese entstehe also in der Tat erst durch die Hingabe, m. a. W. „durch den Realkontrakt", wie z. B. beim commodatum, beim pignus und beim unverzinslichen mutuum. Gehe aber im Gegensatz hierzu der Verpflichtung zur Rückgabe, und zwar als wesentlich die Verpflichtung zur Übernahme vorher, so liege ein Konsensualvertrag vor wie beim depositum und verzinslichen Darlehn, wo das ganze Geschäft ja nur oder doch auch den Vorteil des Gebers bezwecke.

Daß aber auch auf Grund dieser Ausführungen unserer Ansicht nach das Vorhandensein von Realkontrakten im heutigen Recht keineswegs als erwiesen angesehen werden kann, geht bereits aus den Einwendungen hervor, die wir oben der Brinzschen Theorie entgegengehalten haben.

Eine neuere, jetzt allgemein herrschend gewordene Lehre argumentiert mit dem Zweckverhältnis von obligatio und res zueinander, um daraus die Einheit zu folgern. Nach dieser Lehre — eingehend motiviert von Eisele[2]) — ist der Begriff „Realvertrag" dahin zu präzisieren: „Realvertrag ist die Willenseinigung über den Eintritt einer rechtserheblichen Wirkung, die

[1]) Unger a. a. O. Bd. 8 S. 1 ff.
[2]) Eisele a. a. O. Bd. 3 Nr. 1.

außer der wörtlichen Erklärung des Willens noch einen realen Vorgang erfordert." Res und consensus sind hiernach also als völlig gleichbedeutende Bestandteile eines einheitlichen Geschäftes zu betrachten. Die Obligiertheit des Empfängers erklärt Eisele als den durch die Eigentumsübertragung zu erreichenden Zweck und diese Zweckvorstellung als Grund (Motiv) des dare: obligandi causa datur = re contrahitur. Die Eigentumsübertragung erscheine also als Mittel für jenen Zweck. Die Auffassung des Realkontraktes als eine Mischung von dinglichem und obligatorischem Vertrag sei also richtig; nur habe man beide Teile nicht selbständig zu denken. Weder bilde der obligatorische Vertrag die Grundlage, zu der der dingliche Vertrag um der Klagbarkeit willen hinzuträte, noch die datio die Grundlage, zu der sich der obligatorische Vertrag als ein modus geselle; hier liege ein einheitliches Geschäft vor; res und consensus ständen nicht nebeneinander, sondern ineinander. Ist aber nun die res — die Sachleistung — Mittel zum Zweck, so wird weiter deduziert, so kann auch dieser Zweck doch erst durch die Sachleistung erreicht werden, und kann demnach auch nur da ein Realvertrag vorliegen, wo die Verpflichtung erst mit der Hingabe der Valuta entsteht.

Wenn wir nun auch dieser Theorie Eiseles im allgemeinen beipflichten und es für richtig halten, daß von res und consensus als gleichwertigen Bestandteilen zugleich auszugehen ist, so wird man doch sagen müssen, daß, wenn auch in der Regel vor der Hingabe der Sache eine Rückgabeverpflichtung nicht bestehen wird, indem nämlich der zukünftige Empfänger vor dem Empfang gar nicht zur Rückgabe wird verpflichtet sein wollen, es jedoch keineswegs ganz unmöglich ist, daß jemand sich auch schon vor der Hingabe verpflichtet. Es entscheidet eben lediglich der Parteiwille, und gelangen wir demgemäß zu dem Schluß, daß heute, wo alle pacta klagbar geworden sind, stets da ein Realvertrag vorliegt, wo nach der Verkehrsauffassung

oder dem Parteiwillen geschlossen werden muß, daß vor der Hingabe eine Verpflichtung seitens des Schuldners nicht zustande kommen soll. Wann dies der Fall ist, ist natürlich — vorausgesetzt, daß sich dies nicht aus dem Wortlaut des Vertrages direkt ergibt — Sache der Auslegung.

Unser Endergebnis ist somit folgendes: Wenn wir auch zugeben müssen, daß im heutigen Recht die Verträge durchweg als Konsensualverträge abgeschlossen werden, so sind doch immerhin die Realverträge noch nicht von der Bildfläche verschwunden; ja es kann sogar vorkommen, daß Verträge, die im allgemeinen stets als Konsensualverträge behandelt werden, als Realverträge abgeschlossen werden; es kommt eben lediglich darauf an, ob nach dem Willen der Parteien eine Verpflichtung erst nach der Sachleistung entstehen soll. Gehören nun auch diese letzteren Fälle zu den Seltenheiten, so gibt es andererseits doch noch eine ganze Reihe von Verträgen, welche nach dem Willen der Parteien durchweg als Realverträge abgeschlossen werden.

Diesen Standpunkt vertritt auch Dernburg[1]) in seinen Pandekten. Er meint, es entspräche doch auch der Auffassung des Verkehrs und des Lebens, daß sich Verbindlichkeiten wegen Darlehn, Leihe usw. erst an die Empfangnahme knüpften; und wenn auch die vorgängige Hingabe der res nicht mehr objektiv und nach zwingenden Regeln, wie in Rom, Voraussetzung der Klagbarkeit derartiger Geschäfte sei, so sei sie dies doch subjektiv nach der Verkehrsauffassung und dem Parteiwillen.

§ 3.

Gehört das Darlehn zu den Realverträgen, und wie stellt sich das Bürgerliche Gesetzbuch zu dieser Frage?

Nachdem wir zu dem Resultat gekommen sind, daß es heutzutage noch sehr wohl Realverträge geben kann, hätten wir

[1]) Dernburg, Pand. II § 8 S. 21.

weiter zu prüfen, ob das Darlehn auch zu den Verträgen gehört, die durchweg als Realverträge abgeschlossen werden.

„Darlehn" ist ein Vertrag, wobei jemand einem andern Geld oder andere vertretbare Sachen zum Eigentum übergibt unter der Verpflichtung, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge — tantundem eiusmodi — zurückzuerstatten.

Allerdings geht nun der Darlehnshingabe oft ein Darlehnsversprechen voraus und wollen aus diesem sogen. Vorvertrage auch viele die Konsensualnatur des Darlehnsvertrages herleiten. Kohler[1]) geht sogar so weit, daß er im allgemeinen das Darlehn für einen Realvertrag hält, dasselbe jedoch als Konsensualvertrag behandelt wissen will, sobald ein solcher Vorvertrag der Darlehnshingabe vorausgeht. Weshalb wir diesen Ausführungen nicht beistimmen können, geht aus dem von uns bereits im vorigen Paragraphen vertretenen Standpunkt hervor. Tritt doch bei keinem Vertrage als gerade beim Darlehnsvertrage deutlicher hervor, daß hier in der Regel nach dem Parteiwillen und der Verkehrsauffassung doch die Bindung des Schuldners erst mit der Übergabe der Sache erfolgen soll, m. a. W. daß der eigentliche Dahrlehnsvertrag erst mit der Hingabe der Valuta entstehen soll, wie ja dementsprechend auch zur Klagebegründung die Behauptung gehört, daß das Darlehn ausgezahlt sei. Sehr bestimmt kommt dies auch im österreichischen Gesetzbuch zum Ausdruck, welches im § 983 bestimmt: „Wenn jemandem verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden, daß er zwar willkürlich darüber verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit ebensoviel von derselben Gattung und Güte zurückgeben soll, so entsteht ein Darlehnsvertrag. Er ist mit dem, obgleich ebenfalls verbindlichen Vertrage, ein Darlehn künftig zu geben, nicht zu verwechseln." Unserer Ansicht nach

[1]) Kohler, Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 2 S. 212.

kommt es also darauf an — gleichgültig ob ein sogen. Vorvertrag vorhergeht, — ob der Verpflichtung zum Geben auch eine Verpflichtung zum Nehmen gegenübersteht oder nicht. Im letzteren Falle würde ein Realkontrakt vorliegen, während im ersteren Falle das Darlehn als Konsensualvertrag würde angesehen werden müssen, da alsdann nach der Absicht der Parteien sofort das Darlehn entstanden wäre.

Klemperer[1] schreibt dazu: „Nach der Verkehrsauffassung ist die wesentlichste, den Vertrag als Darlehnsvertrag kennzeichnende Verpflichtung des Empfängers die zur Rückzahlung der Darlehnsvaluta, und es entsteht diese Verpflichtung nicht wie bei der Miete consensu, sondern erst durch die unter übereinstimmendem Geben- und Nehmenwollen erfolgte Übergabe der res, so daß ein etwa vorausgehender Vertrag über Geben- und Nehmensollen der res regelmäßig nicht der Darlehnsvertrag selbst, sondern nur ein auf den Abschluß des Darlehnsvertrages gerichteter Vorvertrag ist."

Die Ansicht, daß nach der Verkehrsauffassung und dem regelmäßigen Willen der Parteien als Anfang des Darlehns zweifellos die Hingabe und Annahme der Valuta zu betrachten ist, verficht besonders auch Crome,[2] wenn er sagt: „Jede andere Auffassung ist gekünstelt, preßt das Leben in die Schablone grauer Theorie und richtet sich, nicht etwa aus Mangel an Logik, aber durch den mangelnden Kontakt mit dem, was täglich vor unseren Augen vor sich geht." — So sagt denn auch jedermann z. B.: ich habe mir ein Pferd gekauft, ohne daß eine Übergabe des Pferdes oder eine Zahlung des Kaufpreises stattgefunden hat, lediglich auf Grund der stattgehabten Vereinbarung. Kein Mensch wird aber auf den Gedanken kommen, zu sagen, ich habe mir Geld geliehen, wenn er

[1]) Klemperer a. a. O. S. 576.
[2]) Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 368.

tatsächlich nichts bekommen hat, sondern nur einen Vertrag auf Darleihen von Geld geschlossen hat.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst ist zu der Frage, ob das Darlehn ein Real- oder Konsensualvertrag sei, keine Stellung genommen worden. § 607 I BGB. lautet: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehn empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten." Wie die Motive ergeben, hat das Bürgerliche Gesetzbuch auch diese Frage nicht entscheiden wollen. Daß aber die Verfasser des Entwurfs offenbar auf dem Boden der Realvertragstheorie stehen, läßt sich aus den Motiven zweifellos erkennen. Sie heben hervor, daß sonst die Klage auf Rückerstattung erhoben werden könnte ohne die Behauptung des Valutaempfanges, die erst auf die exceptio non adimpleti contractus hin aufgestellt zu werden brauchte, daß sonst gegen die Klage auf Hingabe der Valuta der Einwand der Kompensation mit der Wirkung für zulässig gehalten werden könnte, daß gegen den Willen des Schuldners seine Schuld in eine Darlehnsschuld verwandelt würde, und daß endlich sonst der Schuldner seine Rechte aus dem Vertrage zedieren könne. Weiter heißt es dann: „Unleugbar bleibt, daß der Darlehnsvertrag sich von den Verträgen, welche man bisher als Konsensualverträge zu bezeichnen pflegte — Miete, Kauf usw. — immer in manchen nicht unerheblichen Punkten unterscheidet." Krahmer[1]) hat in seiner Dissertation „Der Darlehnsbegriff nach Bürgerlichem Gesetzbuch" die Konsensualnatur des Darlehns nachzuweisen versucht und unter anderem behauptet, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch das Darlehn als Realvertrag behandelt wissen wolle, so hätte § 607 I lauten müssen: „Wenn Geld usw. gegeben und genommen wird, entsteht der Darlehnsvertrag",

[1]) Motive zu § 453 S. 306.
[2]) Krahmer a. a. O. S. 40.

oder „Darlehn ist Hingabe“ usw.; die jetzige Fassung: „wer Geld usw. als Darlehn — d. h. auf Grund eines Darlehnsvertrages oder als Gegenstände eines Darlehnsvertrages empfangen hat, ist verpflichtet zurückzugeben“, genüge keineswegs zum Nachweis für die Realnatur des Darlehns. — Unserer Ansicht nach können derartige Ausführungen nur als Wortklauberei und nicht als eine wissenschaftliche Begründung angesehen werden.

Wenn auch, so meinen wir, aus dem Gesetzestext nicht klar hervorgeht, ob das Darlehn Real- oder Konsensualvertrag sein soll, so wird man doch nach Lage der Sache ohne Bedenken den Schluß ziehen dürfen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in die bestehenden Verhältnisse nicht hat eingreifen, vielmehr den im bisherigen Recht bestehenden Zustand hat aufrechterhalten wollen. Wir werden somit die von uns bisher vertretene Ansicht auch auf das heutige Recht anwenden und daher sagen können, daß auch heutzutage das Darlehn regelmäßig als Realvertrag geschlossen wird, weil eben nach dem Willen der Parteien durchweg erst durch die Sachleistung eine Verpflichtung entstehen soll.

So sagt denn auch Dernburg[1]): „Das Darlehn ist ein Realvertrag; so war es im römischen und preußischen Recht, so ist es auch noch im Bürgerlichen Gesetzbuch.“

Selbst Cosack,[2]) der die Realnatur der Leihe bestreitet, erklärt, das Darlehn käme regelmäßig erst durch die tatsächliche Übertragung der Darlehnssache — Darlehnsvaluta — seitens des Darlehnsgebers auf den Darlehnsnehmer zustande, sei also ein Realkontrakt.

Ebenso vertreten auch Crome, Endemann und Engelmann in ihren Lehrbüchern über das Bürgerliche

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht S. 204.

[2]) Cosack, BGB. S. 507.

Gesetzbuch den Standpunkt, daß auch heutzutage das Darlehn noch regelmäßig als Realvertrag abgeschlossen werde.

II. Natur der Vereinbarung, daß aus beliebigem Grunde geschuldetes Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll.

a) Die möglichen Konstruktionen.

§ 4.

1. Die Konstruktion eines wirklichen Darlehns.

Da wir der Auffassung von der Realnatur des Darlehns gefolgt sind, so möchte es auf den ersten Blick fast unbegreiflich erscheinen, daß wir auch in der „bloßen Vereinbarung", geschuldetes Geld künftig als Darlehn schulden zu wollen, ein wirkliches Darlehn erblicken wollen; wird doch auch gerade dieser § 607 II BGB. vielfach von den Gegnern zur Verteidigung der Konsensualvertragstheorie des Darlehns herangezogen.

Um den Nachweis zu erbringen, daß jedoch auch hier sehr wohl ein wirkliches Darlehn zustande kommen kann, wäre demgemäß zunächst zu prüfen, ob auch hier die Voraussetzungen des Realvertrages vorliegen.

Daß der consensus nicht fehlt, wird wohl von niemandem bezweifelt werden; wie aber steht es mit der res? In einer diesbezüglichen Entscheidung des Oberlandesgerichts Braunschweig[1]) heißt es: „Die Sachlage ist juristisch so zu beurteilen, daß die alte Schuld durch Zahlung der schuldigen Leistung getilgt, das Gezahlte aber vom Gläubiger gleich darauf an den Schuldner als Darlehn zurückgewährt wird." Diese auf fingierter Solution und Numeration beruhende Konstruktion, welcher sich sehr viele

[1]) Seufferts Archiv Bd. 49 Nr. 158 S. 276.

Schriftsteller anschließen, und auf Grund deren die Praxis vielfach entscheidet, hat ihren Ursprung im römischen Recht.

Da der Darlehnsvertrag Eigentumsverschaffung voraussetzt, so kam bei den Römern in der ältesten Zeit ein Darlehn nur zustande, wenn der Gläubiger seinem Schuldner „unmittelbar" das Eigentum an den dargeliehenen Geldstücken usw. übertrug.

Von dieser Strenge wich man jedoch im Laufe der Zeit in mehrfacher Richtung ab, und das Verkehrsbedürfnis drängte sich dahin, auch ohne unmittelbares Hingeben ein Darlehn anzunehmen. Es genügte, wenn der Empfänger das empfangene Fremde ersaß;[1]) ferner wurde es als ausreichend angesehen, wenn jemand einem anderen Sachen hingab, damit er dieselben verwerte und den Erlös als Darlehn behalte.[2])

Weiterhin konnte ein Darlehn entstehen durch Verkauf eines beliebigen Gegenstandes auf Kredit und sofortigen Rückkauf desselben um einen geringeren bar bezahlten Preis; auch gestattete man die Hingabe an einen Dritten und durch einen Dritten.[3])

Im Laufe der Zeit kam man dann auch dahin, ein Darlehn selbst ohne alle Numeration anzunehmen, indem der Rechtssatz zur Anerkennung gelangte, daß jede aus einem anderen Rechtsgrunde stammende Verpflichtung auf Zahlung einer Geldsumme durch bloßen Willensakt in eine Darlehnsschuld verwandelt werden könne. Für den Fall des depositums war dies wenigstens unbestritten. In der lex 9 § 9 de rebus creditis 12, 1 heißt es nämlich: Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti; Nerva, Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse, aiunt; et est verum ut et Marcello videtur, animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

---

[1]) l. 60 D. de solut. 46, 3.
[2]) l. 11 pr. D. de reb. cred. 12, 1.
[3]) l. 9 § 8 D. 12, 1; l. 2 § 4 D. h. t.

Für alle anderen Arten von Schulden war eine derartige Umwandlung in eine Darlehnsschuld unter den klassischen Juristen nicht allgemein anerkannt;[1] so wird denn z. B. diese Möglichkeit aufs bestimmteste von Africanus in der l. 34 pr mand. 17, 1 geleugnet. Die spätere Jurisprudenz blieb aber dabei nicht stehen, und man gelangte bald — den Anforderungen eines leichteren Verkehrs Rechnung tragend — zu dem bisher verworfenen Satze: ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Freilich wurde als unerläßliche Voraussetzung der Anwendbarkeit dieses Satzes immer das Vorhandensein einer bestimmten „Geldschuld" aus dem betreffenden Kontrakte gefordert. Hundert Jahre später als Africanus schreibt nämlich Ulpian: „Wenn wir über eine Forderung aus einem Auftragverhältnis vereinbaren, sie solle als Darlehn stehen bleiben, so ist es so anzusehen, als habest du mir das geschuldete Geld gegeben, und es sei von mir auf dich als Darlehn übergegangen." Es heißt nämlich in l. 15 de reb. cred. 12, 1: Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta. Ferner heißt es in der l. 3 § 3 d. S. C. Macedoniano 14, 6: „. . . etsi in creditum alii filio familias vel ex causa emptionis, vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi et si stipulatus sim licet coeperit esse mutua pecunia tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatus consultum". Gerade aus diesen Stellen ist klar ersichtlich, daß schon im römischen Recht bei Kontraktsschulden jeglicher Art eine

[1] v. Salpius a. a. O. S. 323 ff.; Salkowski a. a. O. S. 50 ff.

Vereinbarung des Inhaltes, daß die geschuldete Geldsumme als „Darlehn" stehen bleiben sollte, getroffen werden konnte.

Daß hierbei auch ein wirkliches Darlehn realer Natur zustande kommt, erklärt Ulpian hiernach also mit Hilfe der Fiktion, indem er annimmt, daß der Schuldner dem Gläubiger gezahlt hat, und daß hierauf der Gläubiger dem Schuldner das Gezahlte wiedergegeben hat. Diese Konstruktion ist dann zunächst in das Justineaneische Gesetz übergegangen und dann auch im gemeinen Recht herrschend geworden. Demgemäß vertreten denn auch die meisten Schriftsteller des gemeinen Rechts den Standpunkt von der fingierten Solution und Numeration; in der Tat, so sagen sie, werde auch hier re et verbis kontrahiert; es unterbleibe nur das Hin- und Herzahlen der Valuta als zwecklos.

In neuerer Zeit sind nun einzelne Stimmen laut geworden, welche diese Lehre von der fingierten Hin- und Herzahlung als eine Notkonstruktion, als einen Notbehelf bezeichnen, zu dem allerdings die Römer wegen der Klaglosigkeit der pacta hätten ihre Zuflucht nehmen müssen, wozu aber nach dem gemeinen Recht, nach welchem sämtliche Verträge klagbar seien, eine Notwendigkeit nicht mehr bestehe.

Zudem, wird weiter angeführt, sei die Fiktion keineswegs ein geeignetes Hilfsmittel, insbesondere keine Erklärung eines juristischen Vorganges, vielmehr sei sie das Eingeständnis, daß die juristische Konstruktion versage. Tatsächlich sei weder eine Erfüllungs- noch eine Verpflichtungszahlung erfolgt; aus der Tatsache der Umwandlung erhelle geradezu, daß die Vertragschließenden keine reelle Erfüllung der Schuld, keine Aufhebung des zwischen ihnen bestehenden Obligationsverhältnisses gewollt hätten, vielmehr gehe die Absicht der Parteien einzig und allein auf Fortsetzung des bereits bestehenden Verhältnisses; die Schuld solle nur verlängert werden.

So vertritt auch Rümelin[1]) die Ansicht, daß für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs die von einzelnen in den § 607 II als möglich hineininterpretierte Auffassung der fingierten duplex numeratio wesentlichen Bedenken unterliege und schon aus dem Grunde abzulehnen sei, weil nicht einzusehen sei, wie die betreffende Parteiabsicht nachgewiesen werden solle bezw. aus welchen weiteren Umständen dieselbe zu erschließen wäre. Wolle das Gesetz, wie Crome und Klemperer verlangten, zwei Arten von Verträgen — bloße Schuldumwandlung und echte Darlehnsgewährung — zulassen, so müsse es doch seinerseits bestimmte Kriterien aufstellen.

Überdies sei auch sehr zu bezweifeln, daß irgend welches praktisches Bedürfnis auf die Zulassung solcher „echter Darlehnsgewährungen" durch bloßen Vertrag hinweise, denn die Parteien könnten ja doch die einzelnen Wirkungen, die sich aus den Konstruktionen ergeben würden, auch im einzelnen vereinbaren.

Demgegenüber ist — was zunächst die Fiktion anbetrifft — jedoch zu sagen, daß diese allerdings ein Notbehelf ist, daß aber doch dadurch, daß man sich der Fiktion bedient, das Darlehn noch keineswegs ein fingiertes wird oder erst recht nicht, wie Römer[2]) will, von einem Scheingeschäft die Rede sein kann. Fiktionen sind eben Krücken, deren sich die Wissenschaft bedienen soll, und der Jurisprudenz zumuten, die Fiktion über Bord zu werfen, das hieße — um im Bilde weiter zu reden — den Krückenträger auffordern, seine Krücken wegzuwerfen. Weshalb soll sich denn die Jurisprudenz nicht der Notbehelfe bedienen, wenn dadurch den Bedürfnissen des leichteren Verkehrs und des Lebens Rechnung getragen wird! Ja es ist sogar ihre Aufgabe, sich soviel wie möglich dem Leben anzupassen. Und ist denn wirklich diese Fiktion des Hin- und Herzahlens etwas so Außer-

---

[1]) Rümelin a. a. O. S. 257.
[2]) Römer a. a. O. S. 11.

gewöhnliches? Beruht nicht auch der Kompensationsvertrag auf einer fingierten beiderseitigen Zahlung? Weshalb sollte man daher nicht auch hier das tatsächlich zwecklose Hin- und Hergeben durch einige Gedankenoperationen ersetzen können!

Weiter ist dann eingewendet, der Wille der Parteien sei bei der Umwandlung auch gar nicht auf Schaffung eines neuen Kreditverhältnisses gerichtet; es liege dem Schuldner durchweg gar nicht daran, ein Darlehn zu bekommen; sein Wille gehe nur dahin, die Schuld zu verlängern.

Es ist nun gewiß richtig, bei der rechtlichen Beurteilung eines ziviliſtiſchen Tatbeſtandes in erſter Linie von der Frage auszugehen, was die Vertragsparteien eigentlich gewollt haben.[1]) Weshalb aber nun bei der in Rede ſtehenden Vereinbarung der Umwandlung durchweg der Wille der Parteien nicht auf Schaffung eines Darlehns gerichtet ſein ſoll, iſt jedoch tatſächlich nicht einzuſehen. Wie ein Beiſpiel aus der Praxis zeigt, iſt der Partei des öftern gerade ſehr viel daran gelegen, an Stelle der z. B. beſtehenden Kaufgeldſchuld ein reelles Darlehn zu bekommen. So vereinbart z. B. jemand, der eine Forderung auf Grund eines Viehkaufs hat, aber weiß, daß der Käufer vorläufig noch nicht in der Lage iſt, den Kaufpreis zu zahlen, in anbetracht der kurzen Verjährungsfriſt mit dem Schuldner, daß die Kaufgeldſchuld künftig als Darlehn geſchuldet werden ſoll. Würde man hier annehmen, daß die Vereinbarung nur den Sinn haben ſolle, daß das als Kaufgeld Geſchuldete künftig nach den geſetzlichen Beſtimmungen über das Darlehn gezahlt werden, jedoch immer noch als aus dem Kaufe geſchuldet gelten ſolle, dann würde ja das, was die Parteien im vorliegenden Falle mit ihrer Verabredung beabſichtigten, gar nicht erreicht ſein; denn die Schuldſumme würde ungeachtet der Vereinbarung, ſie ſolle als Darlehn ſtehen bleiben, innerhalb der für Forderungen aus Viehkäufen beſtehenden kurzen Verjährungsfriſt verjähren.

[1]) vgl. auch § 133 BGB.

Da derartige Fälle keineswegs zu den Seltenheiten gehören, so erhellt hieraus, daß wenn auch nicht regelmäßig, doch zum mindesten sehr oft der Wille der Parteien auf das Zustandekommen eines wirklichen Darlehns gerichtet ist, eine Frage, die natürlich nach den Umständen des jeweiligen Falles zu entscheiden ist.

Weiterhin sei noch folgendes Beispiel angeführt: Angenommen X schulde dem Z 100 Mk.; da X nicht in der Lage ist, seine Schuld zu bezahlen, so wendet er sich an Y, welcher ihm ein Darlehn von 100 Mk. zusagt und diese Summe auf Bitten des X in dessen Namen an Z zahlt. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß Y Darlehnsgläubiger des X geworden ist. Nun fallen Y und Z in ein und dieselbe Person zusammen; sollte dadurch nun der Fall ein anderer werden? Weit gefehlt wäre es doch, wollte man im ersten Falle ein Darlehn annehmen, im zweiten Falle dagegen leugnen.

Wir kommen somit auf Grund unserer obigen Ausführungen zu dem Resultat, daß ebenso wie bei den Römern auch für das gemeine Recht noch die Möglichkeit der Umwandlung von Schulden in ein wirkliches Darlehn bestand, und daß dies auch keineswegs mit der Realnatur des Darlehns in Widerspruch steht, es sei denn, daß die Parteien das Zustandekommen eines wirklichen Darlehns gar nicht gewollt haben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, wie schon erwähnt, zu der Frage nach der Natur der Vereinbarung der Umwandlung keine Stellung genommen, so daß wir demgemäß im Einklang mit der herrschenden Lehre hieraus den Schluß ziehen können, daß auch weiterhin nach dem Willen des Gesetzgebers die gemeinrechtliche Lehre maßgebend sein soll.

Unserer Ansicht ist auch Schollmeyer[1]); er sagt: „Es wird im § 607 II BGB. so angesehen, als hätte der Schuldner

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 63.

die geschuldeten Sachen dem Gläubiger geleistet, sie aber als Darlehnsvaluta zurückerhalten." Auch Kuhlenbeck[1]) sagt, es liege hier ein kontraktlich fiktives Darlehn vor, und ebenso erklärt auch Fischer-Henle[2]) in seinem Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch den Vorgang als eine fingierte Tradition, indem es so angesehen würde, als ob der Schuldner die schuldige Sache dem Gläubiger zurückgegeben und dieser sie dem Schuldner als Darlehn gegeben hätte.

2. Die Konstruktion einer abstrakten Schuldverbindlichkeit.

§ 5.

a) Kurze Charakteristik des abstrakten Vertrages im römischen und gemeinen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Die Frage, wie die Vereinbarung, eine Schuld solle in ein Darlehn verwandelt werden, aufzufassen und juristisch zu konstruieren sei, ist ferner dahin beantwortet worden, daß sie eine abstrakte Verbindlichkeit durch Anerkenntnis der alten Schuld oder auch ein selbständiges Schuldversprechen darstelle.

Befassen wir uns zunächst einmal mit den abstrakten Verträgen als solchen. Wie jede Zuwendung, so hat auch das Schuldversprechen stets eine causa oder, um mit dem BGB. § 812 zu sprechen, einen „rechtlichen Grund". Wer dem X 100 Mk. zu zahlen verspricht, wird dazu bestimmt entweder um dem X eine reine Vermögenszuwendung zu machen (donandi causa) oder um für sein Versprechen ein Entgelt zu erhalten, z. B. einen Anspruch auf Eigentumsübertragung an einer Sache

[1]) Kuhlenbeck a. a. O. S. 215.

[2]) Fischer-Henle, BGB. Ausg. 1897 zu § 607 II.

(contrahendi causa) oder auch um einen bereits empfangenen Gegenwert abzugelten (solvendi causa).

Mein Versprechen kann jedoch verschieden gefaßt sein: mit und ohne Bezug auf die causa. Ich kann die 100 Mk. als Geschenk oder als Kaufpreis versprechen, oder aber auch schlechthin, ohne den Schuldgrund zu erwähnen. Im letzteren Falle spricht man nach der jetzt herrschenden Lehre vom „abstrakten" Schuldversprechen. Dem abstrakten Schuldversprechen steht nun das abstrakte Schuldanerkenntnis gleich, so daß also ein Schuldversprechen ohne Veränderung seiner rechtlichen Bedeutung in ein Schuldanerkenntnis verwandelt werden kann. Anstatt: Ich verspreche, dem X 100 Mk. zu zahlen, kann man ohne Veränderung des Sinnes sagen: Ich bekenne, dem X 100 Mk. schuldig zu sein. Der Unterschied besteht eben nur in der Form (tantum nominis sonus differt).[1])

Abstrakt — im Gegensatz zu kausal — ist demnach ein Vertrag, welcher unabhängig und losgelöst vom materiellen Schuldgrunde — causa — eine gültige und beitreibbare Verpflichtung begründet. Der Wert eines solchen abstrakten Vertrages liegt für den Gläubiger darin, daß der Schuldner ihn nicht, wie beim kausalen Versprechen, durch einfaches Bestreiten zwingen kann, die dem Versprechen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse aufzudecken und zu beweisen, sondern der Gläubiger kann sich zur Begründung seiner Forderung einfach auf das selbständig gegebene Versprechen beziehen. Das Wesen des abstrakten Vertrages besteht sonach in der Loslösung von seinem materiellen Rechtsgrunde; dieser materielle Rechtsgrund ist aber, wie O. Bähr sagt, „die zur objektiven Realität gelangte Absicht der Parteien".

Die Römer kannten abstrakte Verträge in Form der Stipulation und des Literalkontraktes. Der Literalkontrakt veraltete

---

[1]) Crome, BGB. II S. 909.

jedoch bald, und je mehr er außer Gebrauch kam, um so größer wurde die Bedeutung der Stipulation. Bei der Stipulation war es von altersher üblich, eine Urkunde — cautio — aufzunehmen, und zwar unterschied man anfangs zwei Arten: die sogen. „cautio indiscreta seu quae indiscrete loquitur", welche nur den Stipulationsvorgang enthielt, nicht aber den materiellen Schuldgrund angab, und die „cautio discreta", welche auf das zugrunde liegende Rechtsgeschäft, die causa, ausdrücklich Bezug nahm.

Die erstere war, wie aus der Digestenstelle l. 25 § 4 de probationibus 22. 3 hervorgeht, schon zur Zeit Justinians, wo bereits manches von der abstrakten Natur der Stipulation verloren gegangen war, kein für sich ausreichender Klagegrund mehr, und der Kläger war daher verpflichtet, beim Bestreiten die causa seiner Forderung zu beweisen. Auch das ältere gemeine Recht erklärte im Anschluß an das Justineaneische Recht Urkunden, in welchen die Angaben der causa fehlten, für nicht beweiskräftig.

Durch O. Bährs Schrift „Anerkennung als Verpflichtungsgrund" ist nun in dieser Hinsicht eine wesentliche Änderung eingetreten. Nach Bähr[1]) bildet ein Hauptmoment der verpflichtenden Kraft des Anerkennungsvertrages „der Wille sich zu verpflichten", und zwar ein solcher Wille, welcher aus dem ursprünglichen Bestand oder Nichtbestand der Verbindlichkeit nicht mehr die Bedingung seiner Gültigkeit, sondern nur seine Voraussetzung (causa) entnimmt.

Durch die Annahme des vom Schuldner ausgestellten Scheines, führt Bähr aus, komme ein Vertrag zustande, kraft dessen der Schuldner die bestehende Schuld in verpflichtender Absicht anerkenne, und der Gläubiger dieses Anerkenntnis annehme, und könne diese abstrakte Urkunde nur durch den Nachweis des fehlenden Verpflichtungswillens entkräftet werden.

[1]) O. Bähr a. a. O. S. 179.

Zum gesetzlichen Abschluß gekommen ist die Entwicklung der abstrakten Schuldverbindlichkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch. Dasselbe unterscheidet in §§ 780 und 781:

1. das Schuldversprechen, als einen Vertrag, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (§ 780 BGB.) und

2. das Schuldanerkenntnis, als einen Vertrag, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (§ 781 BGB.).

Ob nun die Parteien im Vertrage auf den Verpflichtungsgrund — causa — Bezug nehmen, oder ob sie nichts davon erwähnen, ist nebensächlich; jedenfalls verliert das Versprechen oder Anerkenntnis dadurch die Natur eines selbständigen Verpflichtungsgrundes nicht,[2]) wie dies auch aus dem § 683 des 1. Entwurfs zum BGB. hervorgeht. Es heißt darin: „Ist in einem vom Gläubiger angenommenen Versprechen einer Leistung oder in einem vom Gläubiger angenommenen Anerkenntnis, zu einer Leistung verpflichtet zu sein, ein besonderer Verpflichtungsgrund nicht angegeben, oder nur im allgemeinen bezeichnet, so ist das Versprechen oder Anerkenntnis nur dann gültig, wenn es vom Schuldner in schriftlicher Form erteilt ist." Auf den ersten Blick könnte es hiernach noch scheinen, als ob die vollständige Angabe eines Verpflichtungsgrundes das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis von seinem materiellen Grunde abhängig mache.[1])

Durch die neue Fassung im 2. Entwurf — vgl. §§ 719 und 720 — ist jedoch dieser Anschein geschwunden, und kann insbesondere nach der jetzigen Fassung des § 780 BGB. ein diesbezüglicher Zweifel nicht mehr bestehen, da hiernach ausdrücklich der Vertrag für gültig erklärt wird, durch den eine

[1]) Collatz a. a. O. S. 128.

Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll. Sobald zu dem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis die Angabe eines Verpflichtungsgrundes tritt, oder sobald das Schuldanerkenntnis in dem Bekenntnis juristischer, eine Verbindlichkeit des Erklärenden an sich erzeugender Tatsachen besteht, ist eben zu beachten, daß der angegebene Verpflichtungsgrund nicht der Verpflichtungsgrund des Anerkenntnisses ist. Das Anerkenntnis bildet einen selbständigen Verpflichtungsgrund; es schöpft seine verbindliche Kraft lediglich aus der Rechtsordnung, die bestimmt, daß ein Anerkenntnis gültig, d. h. verpflichtend, schuldbegründend sei.

Ob eine von ihrem materiellen Grunde losgelöste Verbindlichkeit entstehen soll oder nicht, entscheidet lediglich der Wille der Parteien: die verpflichtende, vom Beweis des Schuldursprungs losgelöste Kraft liegt ausschließlich im Verpflichtungswillen. So sagt denn auch Planck[1]): „Die Trennung der neu zu begründenden Verbindlichkeit von dem Rechtsgrunde kann auch äußerlich eine vollständige sein in der Weise, daß das Schuldversprechen schlechthin gegeben und ein Rechtsgrund nicht erwähnt wird. Häufig wird aber bei der Erteilung eines abstrakten Schuldversprechens in dem Schuldschein der wirkliche oder auch ein fiktiver Rechtsgrund ganz allgemein angegeben. Denkbar ist endlich auch, daß das den Rechtsgrund abgebende Verhältnis genauer dargelegt und daran ein abstraktes Schuldversprechen geknüpft wird. Damit ein abstraktes Versprechen angenommen werden kann, ist die Feststellung genügend, daß die Parteien vertragsmäßig eine abstrakte Verbindlichkeit haben begründen wollen. Ob dieser Wille im einzelnen Fall vorliegt, ist Sache der Auslegung.

---

[1]) Collatz a. a. O. S. 129.
[2]) Planck, BGB. zu § 780.

§ 6.

β) In unserer Vereinbarung kann ein abstrakter Vertrag liegen.

Im Anschluß an die epochemachende Schrift O. Bährs[1]: „Anerkennung als Verpflichtungsgrund" hat die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis fast übereinstimmend angenommen, daß die fragliche Vereinbarung aus § 607 II BGB. eine abstrakte Schuldverbindlichkeit begründe.

Bähr[2] geht bei seiner Begründung auf das römische Recht — auf Ulpian — zurück und weist nach, daß schon Ulpian mit seinem Satze, die Übereinkunft, ut crediti nomine pecuniam debitam retineas, sei zulässig und gültig, einen neuen Formalkontrakt mit der Wirkung der stipulatio debiti habe einführen wollen. „Der Darlehnsschein", sagt er, „ist in diesen Fällen nichts anderes als eine stipulatio debiti, ein abstraktes Schuldversprechen, welches von dem einfachsten, analoge Wirkungen erzeugenden materiellen Rechtsgeschäfte nur den Namen erborgt"; und er schließt dann mit den Worten: „Mag das Leben sich mit dem Worte Darlehn helfen; die Wissenschaft sollte sich mit dem Begriff Darlehn nicht täuschen."

An einer anderen Stelle heißt es dann noch: „Das Charakteristische der Vereinbarung, daß das geschuldete Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll, besteht darin, daß hier eine abstrakte Geldschuld geschaffen wird, für welche das Wort Darlehn nur den Namen hergibt."

Hiermit stimmen wir insoweit überein, als auch wir der Ansicht sind, daß die Parteien durch die in Rede stehende Vereinbarung eine alte Schuld auf eine neue, selbständige, vom Verpflichtungsgrund losgelöste Basis stellen können. Und wenn

---

[1]) Bähr a. a. O. § 62a.

[2]) O. Bähr a. a. O. S. 207 u. b. Ihering Bd. 2 S. 424 ff.

auch die Schuld als Darlehn bezeichnet wird, so ändert das, wie wir bereits gesehen haben, an der abstrakten Natur des Vertrages nichts. Die Parteien bezeichnen eben die neue Schuld als Darlehnsschuld, weil[1]) keine andere Schuld wie gerade die Darlehnsschuld sich so sehr für ein abstraktes Schuldversprechen eignet. Daß aber nun stets und unter allen Umständen hier eine abstrakte Geldschuld geschaffen wird, und daß, wie Bähr meint, „eine bestehende Schuld niemals in ein wirkliches Darlehn verwandelt werden könne", können wir aber keineswegs zugeben. Der reine Verpflichtungswille ist nämlich doch nicht so häufig, wie Bähr annimmt.

Man möge sich einmal vergegenwärtigen, wie Vereinbarungen der hier in Rede stehenden Art zustande kommen. Der Schuldner, welcher z. B. nicht in der Lage ist zu zahlen oder aus einem anderen Grunde noch nicht zahlen möchte, und der Gläubiger, der dem Schuldner auch noch weiter kreditiert, weil er sein Geld bei ihm sicher weiß, kommen zusammen und vereinbaren, um das Verhältnis zu vereinfachen, daß die Schuld von jetzt an wie ein Darlehn behandelt werden soll. Zur Sicherung des Beweises für das Abkommen oder auch dafür, daß der Schuldner dem Gläubiger überhaupt etwas schulde, setzen sie vielleicht sogar eine Darlehnsurkunde auf. Wenn nun auch im Handelsverkehr, in Kreisen, in denen Geschäfts- und Rechtskenntnisse verbreitet sind, die abstrakte Verpflichtung häufig sein mag, in denjenigen Kreisen, in denen besonders oft Darlehnsscheine über bestehende Schulden ausgestellt werden — bei Bauern, die Grundstücke verkaufen, bei Handwerkern, die Waren gegen Kredit erwerben —, ist der reine Verpflichtungswille eine unbekannte Größe; keiner von ihnen denkt daran, einen ganz neuen abstrakten Verpflichtungsgrund zu schaffen. Sie wollen vielmehr, daß die alte Schuld künftighin als Darlehn behandelt

[1]) Protokolle z. 2. Entwurf zu § 454.

werden soll, m. a. W. daß ein wirkliches Darlehn zustande komme.

Entscheidend ist eben stets der Parteiwille, und ist es daher Auslegungsfrage, ob eine abstrakte Schuldverbindlichkeit oder ein materielles Darlehn, bezüglich dessen möglicher Konstruktion wir auf unsere bereits im vorletzten Paragraphen entwickelte Ansicht verweisen, entstehen soll. Gewiß gehören Verträge, die ein Anerkenntnis enthalten, keineswegs zu den Seltenheiten, und sind dieselben sogar bei den Parteien oft sehr beliebt, um z. B. eine verwickelte Geldverpflichtung, die aus einem Kauf, Vermächtnis usw. entsprungen ist, als Darlehnsschuld anzuerkennen, weil sie dieselbe damit wesentlich vereinfachen. Aber auch das Umgekehrte kommt vor, wie uns Cosack[1]) an einem Beispiel zeigt: „Major X hat vom Hauptmann Y 2000 Mk. gegen Zinsen geliehen. Er schämt sich, dieses Geschäft zu bekennen und läßt sich deshalb folgenden Schuldschein ausstellen: Von Herrn Hauptmann Y habe ich eine Fuchsstute zum Preise von 2000 Mk. gekauft; die Stute habe ich in tadellosem Zustande erhalten. Den Kaufpreis verpflichte ich mich mit 5 % Zinsen am . . . zu bezahlen. X.

Unsere Ansicht teilt im wesentlichen auch Windscheid.[2]) Er will in der Verwandlung der bestehenden Schuld entweder nur ein wirkliches Darlehn mit ersparter und nur fingierter Hin- und Herzahlung sehen, oder die Begründung einer abstrakten Schuld, je nachdem die Kontrahenten ein wirkliches Darlehn gemeint haben oder der Schuldner sich zum „Schuldner überhaupt" habe machen wollen.

Auch Klemperer[3]) äußert sich in unserem Sinne. „Dem Darlehnsnehmer, der in ernstliche Darlehnsunterhandlungen getreten ist, wird mit einer Berichtigung der Darlehnsvaluta durch

[1]) Cosack, BGB. Bd. 1 S. 591.

[2]) Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 354 Anm. 2 und § 364 Anm. 3.

[3]) Klemperer a. a. O. S. 578.

Verrechnung mit der schon bestehenden Schuld in der Regel wenig genützt sein; möglich aber ist es, daß der übereinstimmende Wille der Parteien ernstlich darauf gerichtet ist, daß der Schuldner das Darlehn in dieser Weise ganz oder zum Teil ausgezahlt erhalten solle."

Ebenfalls kommt auch Rümelin[1]) zu dem Resultat, daß bei der Umwandlung die Bestimmungen der §§ 780, 781 verwendbar sind. Er unterscheidet zwei Fälle und ist der Ansicht, daß die obigen Paragraphen zur Anwendung kommen müssen, sobald eine selbständige Klagebegründung aus dem Schuldumwandlungsakt den Parteiinteressen entspreche; während der Umwandlungsvertrag auch formlos abgeschlossen werden könne, wenn die Parteien nichts weiter wollten, als daß die ursprüngliche Schuld nach Darlehnsgrundsätzen behandelt werde, also die frühere Schuld dauernd die Grundlage des Anspruchs bilden solle.

Aus den Motiven[2]) ist, wie früher schon erwähnt, bezüglich der Frage nach der Natur unserer Vereinbarung nichts Bestimmtes zu entnehmen, und werden wir daher mangels positiver Bestimmungen unsere Ansicht auch für das Bürgerliche Gesetzbuch aufrecht erhalten können; nur muß hier natürlich, damit überhaupt eine abstrakte Schuldverbindlichkeit zustande kommen kann, die in §§ 780, 782 BGB. vorgeschriebene Form gewahrt werden.

Was die Praxis schließlich anbetrifft, so geht aus einer Reihe von Entscheidungen der obersten Gerichte hervor, daß hier vielfach ebenfalls angenommen worden ist, daß die fragliche Vereinbarung ein abstraktes Versprechen begründen könne. So ist z. B.[3]) bei einer auf die Behauptung, der Beklagte sei

---

[1]) Rümelin a. a. O. S. 258.
[2]) Protokolle zu Entw. 2 zu § 454.
[3]) Seufferts Archiv Bd. 17 Nr. 236.

aus Lieferungen die eingeklagte Summe schuldig gewesen, und diese Schuld sei durch die beiderseitige Übereinkunft in eine Darlehnsschuld umgewandelt worden, gestützten Klage der Kläger lediglich für diese letzte Behauptung der Übereinkunft für beweispflichtig erklärt worden. In dem Darlehnsversprechen liege von selbst die Anerkennung des früheren Rechtsverhältnisses, und diese Anerkennung sei zum Nachweise der alten Schuld (Obligation) ausreichend.[1])

b) Das Verhältnis der neuen Verbindlichkeit zur alten Schuld.

§ 7.

Die Novation im römischen, gemeinen und heutigen Recht.

Bei Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis der neuentstandenen Verbindlichkeit zur alten Schuld kommt man zunächst sehr leicht auf den Gedanken, es könne hier eine „Novation" vorliegen. Die Behauptung, daß es sich in § 364 Abs. 2 BGB., worin es heißt: „Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt", um Novation handle, wird von vielen Seiten bestritten.[2]) Greifen

---

[1]) Im übrigen sei noch verwiesen auf die Entscheidungen in Seufferts Archiv in Bd. 4 Nr. 149, Bd. 8 Nr. 17, Bd. 16 Nr. 255, Bd. 18 Nr. 223, Bd. 33 Nr. 222 und Bd. 38 Nr. 126.

[2]) Dafür sind besonders Endemann, Cosack, Meisner und Scherer.

wir daher, soweit es zur Prüfung unserer Frage erforderlich ist,[1]) einmal auf das römische und gemeine Recht zurück.

„Novatio" so heißt es in l. 1 pr. Dig. de novat. et deleg. 46, 2 „est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur", d. h. Novation ist die Aufhebung eines Schuldverhältnisses durch gleichzeitige Begründung eines neuen, auf dasselbe Ziel gerichteten: das debitum bleibt dasselbe.

Nach römischem Recht war Novation nur durch stipulatio möglich.[2])

Wie nun aus der oben zitierten Digestenstelle hervorgeht, hat man bei dem Vorgang „Novation" zwei Obligationen zu unterscheiden: die prior obligatio und die neu zu begründende posterior obligatio; die bestehende Obligation wird zerstört, und in demselben Moment tritt eine andere an ihre Stelle, welche den Inhalt der alten in sich aufnimmt, so daß diese in der neuen gleichsam fortlebt. Das Besondere dabei ist eben, daß die bestehende Obligation durch Begründung der neuen aufgehoben wird; die Begründung der neuen Obligation muß die Aufhebung der alten enthalten. Es ist also „ein" Akt, welcher

---

[1]) Eingehend die Lehre von der Novation zu behandeln, würde entschieden zu weit führen; es sei daher verwiesen auf a) Merkel, Der römisch-rechtliche Begriff der novatio; b) v. Salpius, Novation und Delegation; c) Salkowski, Lehre von der Novation.

[2]) Wenn auch lange Zeit bestritten, so ist dies jedoch jetzt allgemein anerkannt (vgl. Merkel a. a. O. S. 3); Salkowski, Novation S. 40; v. Salpius a. a. O. § 26 und Gneist, Formelle Verträge S. 148 ff. Auch findet sich in den Quellen, wo von Novation die Rede ist — wenigstens wo sie ex professo behandelt wird, stets der Hinweis auf die Verbalobligation, die stipulatio, als das Mittel, die neue Obligation zu begründen und dadurch die alte aufzuheben vgl. Gaius II § 38; III §§ 176, 177, 179; l. 1 pr. Dig. 46, 2; l. 2, 5, 6—9, 14, 20 pr., 21, 22, 28. 30, 31 pr., 32, 34 pr. und § 2 eod. u. a. m.

beides bewirkt: Aufhebung und Begründung, welcher schafft und zerstört, befreit und verpflichtet. Wohl zu unterscheiden ist demnach die Novation von dem Vorgange, wenn eine Obligation aufgehoben wird und sodann eine andere begründet wird, welche nach der Absicht der Kontrahenten jene ersetzen soll; hier liegen ganz klar zwei Akte vor. So sagt denn auch Römer[1]) ganz zutreffend: „Würde die alte Obligation durch Vertrag aufgehoben und dann durch einen zweiten Vertrag eine neue Obligation, genau auf dieselbe Leistung gerichtet, begründet, sei es auch, daß faktisch und zeitlich beide Akte zusammenfielen, so wäre ja in dem Moment, in welchem die neue Obligation entsteht, die Verbindlichkeit zu der Leistung, welche bisher bestand, gar nicht mehr vorhanden; es könnte also auch nicht die bisher geschuldete Leistung als solche, als eine schon bisher und jetzt noch geschuldete, Gegenstand einer neuen Obligation werden.

So definiert denn auch Keller[2]) die Novation als eine „Umformung" einer Obligation, d. h. Übertragung des wesentlichen Stoffes einer Obligation in eine neue Formalobligation. „Der Untergang der alten Obligation als erkennbare und wirksame äußere Erscheinung durch die Entstehung einer neuen Obligationsform, welche alles das, was von dem Stoff der alten Obligation fortdauern soll, in sich aufgenommen hat", sagt er, „das ist das Charakteristische der Novation."

In ähnlicher Weise äußert sich Salkowski.[3]) Er sagt: „Novation ist die Konstituierung einer neuen causa debendi für ein bestehendes debitum, durch welche die frühere causa debendi vernichtet wird." Und an einer anderen Stelle: „Novation heißt die Aufhebung einer bestehenden Obligation durch Errichtung einer neuen, welche den materiellen Inhalt der ersteren in sich aufnimmt."

---

[1]) Römer a. a. O. S. 4 ff.; vgl. auch Merkel a. a. O. S. 65.
[2]) Keller, Pandekten S. 533.
[3]) Salkowski a. a. O. S. 39.

Demnach sind die Voraussetzungen der Novation:

1. eine bestehende, gültige Obligation, welche aufgehoben werden soll;

2. das Entstehen einer neuen, ebenfalls gültigen Obligation, die alles das, was von dem Stoff der alten fortdauern soll, in sich aufgenommen hat;

3. der animus novandi,[1]) d. h. die auf die Aufhebung der alten Obligation durch die neu kontrahierte gerichtete Absicht der Parteien. — Wird nämlich die neue Obligation nicht novandi animo konstituiert, so tritt sie solidarisch neben die alte zwecks größerer Sicherheit für den Gläubiger, der nunmehr die Wahl hat, welche von beiden er geltend machen will, jedoch mit der Wirkung, daß bei der Befriedigung aus der einen Obligation die andere wegfällt.

Ob die Novation im System des gemeinen Rechts einen Platz gehabt hat, ist vielfach bestritten worden, und zwar hat man dies damit begründet, daß man sagt: weil die Form der Novation die Stipulation ist, diese aber nicht in das gemeine Recht übergegangen ist, so ist mit ihrem Verschwinden auch die Novation aus dem Recht verschwunden. So behauptet Gneist,[2])

[1]) Diese Absicht wurde von den alten Juristen bei gewissen Veränderungen vermutet, z. B. wenn eine bisher unbedingte Schuld in eine bedingte verwandelt wurde und umgekehrt. Sollte in solchem Falle keine Novation stattfinden, so mußte der Stipulation eine darauf bezügliche Klausel („sine novatione") eingeschaltet werden. Schon Justinian erklärte dies in der l. ult. C. de nov. 8, 42 für überflüssig; hiernach soll Novation nur eintreten, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet ist (voluntate) und nicht kraft gesetzlicher Vermutung (lege). Daß aber diese Absicht ausdrücklich kundgegeben werden muß, läßt sich aus dieser Konstitution nicht mit Bestimmtheit entnehmen, und ist auch heute allgemein die Ansicht die herrschende, daß es genügt, wenn aus den Umständen die Novationsabsicht ohne Zweifel ersichtlich ist (vgl. Quaritsch, Institutionen und Rechtsgeschichte 7. Aufl. S. 225).

[2]) Gneist, Formelle Verträge des römischen Obligationenrechts, 1845, S. 225 ff.

es ergäbe sich aus der Anschauungsweise der formellen Verträge des gemeinen Rechts, daß im heutigen Recht die Novation im römischen Sinne nicht mehr vorkommen könne. — Ebenso läßt Keller[1]) die Novation nur für Verträge zu, welche auch im gemeinen Recht noch einer Form bedürfen, wie z. B. der Wechselvertrag; und auch Baron[2]) schließt sich dieser Ansicht an und beschränkt die Novation auf Formalkontrakte, weil ihre Wirkung auf ihrer Natur als Formalkontrakt beruht.

Hierzu ist m. E. jedoch folgendes zu sagen: Im römischen Recht galt der Satz „nudum pactum obligationem non parit" und die regelmäßige Form des obligatorischen Vertrages war die stipulatio. Es liegt daher ganz klar auf der Hand, daß die römischrechtliche Novation — um eine Klagbarkeit zu begründen — als Form der Stipulation bedurfte. Als nun später das pactum nudum die regelmäßige Form des obligatorischen Vertrages wurde — m. a. W. der Formalkontrakt weggefallen war —, wurde auch der Novationsvertrag ein einfacher Vertrag und kann daher nichts im Wege stehen, heutzutage die Möglichkeit, durch formlosen Vertrag zu novieren, anzuerkennen.[3])

Freilich haben die Weiterentwicklung der Obligation, die sich in der Möglichkeit der Abtretung, der Schuldübernahme und zahlreicher anderer Änderungen ausspricht, und insbesondere der bereits erwähnte Grundsatz, daß formlose Verträge rechtswirksam sind, das Geltungsgebiet der Novation stark eingeschränkt. Es besteht aber deshalb immerhin kein Grund, die Novation überhaupt nicht mehr gelten zu lassen.

Was das heutige Recht anbetrifft, so behandelt das Bürgerliche Gesetzbuch die Novation allerdings nicht als ein selbständiges Rechtsinstitut. Nach dem Sinne der Bestimmung des § 364

---

[1]) Keller a. a. O. I S. 594.

[2]) Baron, Gesamtrechtsverhältnisse S. 384.

[3]) Vers. Ansicht sind: v. Salpius a. a. O. § 77; Windscheid a. a. O. § 354 und Römer a. a. O. S. 4ff.

Abs. 2 BGB. spricht die Vermutung sogar gegen die Annahme einer Novation.[1]) Wenn nämlich § 364 Abs. 2 bestimmt, daß, wenn ein Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers eine neue Verbindlichkeit eingeht, im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß diese Verbindlichkeit zum Zwecke der Hingabe an Erfüllungsstatt konstruiert sei, so soll damit gesagt sein, daß durch das Eingehen der neuen Obligation die bestehende nicht vernichtet wird; es sei denn, daß der Wille der Parteien erweislich darauf gerichtet ist. Da nun aber das Prinzip der Vertragsfreiheit das Bürgerliche Gesetzbuch beherrscht, so sind demnach auch nach ihm Novationen zulässig, wenn der Parteiwille dies bezweckt.[2])

§ 8.

Liegt Novation vor?

1. Im Falle daß ein wirkliches Darlehn zustande kommt.

2. Im Falle daß ein abstrakter Vertrag vorliegt.

1. Nach dem Vorhergesagten leuchtet es leicht ein, daß von einer Novation nicht wird die Rede sein können, wenn wir annehmen, daß infolge unserer Vereinbarung ein materielles Darlehn durch fingierte Solution der geschuldeten Summe und Numeration der Darlehnsvaluta zustande komme. Ist hier doch die alte Schuld mittelst Zahlung untergegangen und die nun bestehende Schuld durch Hingabe begründet worden, so daß also die Umwandlung hier zweifelsohne in zwei verschiedenen Akten vor sich geht. Ferner hat doch auch die neue Obligation den

[1]) Als übereinstimmend hiermit vgl. auch die Mot. zum BGB. Bd. 2 S. 79.

[2]) vgl. auch Oertmann a. a. O. S. 35 Anm. 2.

Inhalt der früheren ganz abgestreift; an die Stelle des alten ist ein neuer Vertrag mit selbständiger materieller causa getreten. Da ist also für die Novation kein Raum. In diesem Resultat stimmen wir denn auch mit der herrschenden Meinung überein. So sagt Salkowski[1]): „Wenn es auch rechtlich möglich ist, jede Schuld einer Quantität durch nudum pactum in ein Darlehn zu verwandeln, so muß doch die prinzipielle Verschiedenheit einer Schuldumwandlung von der Novation einleuchten. Die ganze äußere Ähnlichkeit besteht darin, daß dieselben Hundert, die etwa aus Kauf, Miete, Mandatum usw. geschuldet wurden, von nun an Gegenstand des mutuum werden, daß sie nicht mehr mit der actio empti, locati, mandati usw., sondern nur mit der actio certae pecuniae creditae gefordert werden können. Aber sehen wir genauer zu, so werden wir finden, daß eben auch nur, man könnte fast sagen das körperliche Substrat, bei beiden Obligationen dasselbe geblieben ist; nicht das prius debitum ist in die neue Obligation transferiert, nicht die Hundert, als bereits ex empto usw. geschuldete, bilden den Gegenstand des Darlehns, sondern immer nur Hundert an und für sich, und es erscheint als ein ganz zufälliger, an sich juristisch irrelevanter Umstand, daß der Darlehnsempfänger bereits aus einer früheren causa dem Darlehnsgeber Hundert schuldete. Es findet also keine juristische Wechselwirkung zwischen beiden Obligationen statt; sie bedingen sich nicht gegenseitig. Das mutuum bildet nicht etwa eine neue Form und causa für das, was ex priore obligatione debetur, sondern es ist ein selbständiger materieller Kontrakt. Die alte Forderung ist vollständig zerstört, und an ihre Stelle tritt eine ganz neue, die mit jener nur äußerlich durch die Gleichheit der geschuldeten Summe zusammenhängt. Aufhebung der alten und Konstituierung der neuen Obligation fallen hier begrifflich völlig auseinander und sind auch nur aus

[1]) Salkowski a. a. O. S. 71 u. 72.

Fazilitätsrücksichten mechanisch in „einen" Akt zusammengeschweißt. Denn die Verpflichtung des Schuldners aus der bisherigen Obligation — Kauf, Miete usw. — wird getilgt durch fingierte Solution der geschuldeten Summe; die neue Obligation, das mutuum entsteht durch fingierte Hingabe derselben Summe von dem Gläubiger an den Schuldner und nur celeritate conjungendarum inter se actionum una actio occultatur.

Auch Bähr[1]) schreibt dazu: „Der Satz, die bestehende Schuld sei durch Novation in ein Darlehn verwandelt worden, ist grundfalsch. Ein materiell charakterisiertes Schuldverhältnis kann nicht durch Novation in ein anderes materiell charakterisiertes verwandelt werden." Denn, so können wir weiter mit Crome[2]) sagen, wenn der Novationsvertrag auch nicht abstrakt zu sein braucht, so besteht seine causa unter den Parteien doch lediglich in der Aufhebung des alten Forderungsrechtes, bezw. dem Ersatz desselben durch das neue; und diesem Zweck können nicht Geschäfte dienen, die schon eine andere materielle causa debendi haben.

Alles dies berechtigt uns ohne Bedenken zu der Schlußfolgerung, daß eine Novation nicht zustande kommt, wenn durch die Vereinbarung ein wirkliches Darlehn begründet werden soll.

Anderer Ansicht sind Engelmann,[3]) Endemann[4]) und Dernburg[5]) in seinem bürgerlichen Recht; sie alle wollen den Vorgang als Novation behandelt wissen.

M. E. ist das Verhältnis der neu begründeten Schuld — vorausgesetzt natürlich, daß die Parteien wirklich ein Darlehn gewollt haben — zur früheren Schuld so aufzufassen, als ob das bisher Geschuldete dem Gläubiger effektiv zurückbezahlt worden sei, wodurch die Aufhebung der alten Obligation bewirkt wird,

---

[1]) O. Bähr a. a. O. S. 207.
[2]) Crome, Französisches Obligationenrecht S. 332.
[3]) Engelmann a. a. O. S. 296.
[4]) Endemann, a. a. O. S. 835[6].
[5]) Dernburg, BGB. Bd. 2 S. 206.

und von den letzteren dann diese Schuld wieder sofort ausgeliehen worden sei, so daß also gewissermaßen „die causa solvendi et contrahendi zusammenfallen".[1])

Fragen wir jetzt weiter, ob denn „Novation" vorliegen kann, wenn die Parteien nicht ein Darlehn, sondern die Entstehung einer abstrakten Schuldverbindlichkeit beabsichtigt haben, so müssen wir dies unbedingt bejahen, und stimmen darin auch Theorie und Praxis überein.

Bähr[2]) bezeichnet die Ausstellung eines Darlehnsscheines als „fast die ausschließliche dem heutigen Rechtsverkehr geläufige Form der eigentlichen (sogen. privativen) Novation"; und an anderer Stelle sagt er, nachdem er vorher davon gesprochen hat, daß durch die Vereinbarung eine abstrakte Geldschuld geschaffen würde: „Wo diese Geldschuld dazu dient, eine bereits bestehende Verbindlichkeit des Ausstellers abzulösen, da verhält sie sich zu dieser als „Novation".

Auch Crome[3]) äußert sich in diesem Sinne: „Haben die Parteien ein materielles Darlehn nicht begründen wollen, so ist das Darlehn nur der Name für ein Schuldversprechen, dessen causa verschiedenartig sein kann, also gegebenenfalls auch Novation."

Windscheid[4]) läßt ebenfalls die Umwandlung einer Schuld in eine Darlehnsschuld — falls sie nicht ein wirkliches Darlehn schaffe — stets novieren. Gleich ihm meint auch Dernburg[5]), daß ein Schuldschein, welcher abstrahierend von der ursprünglichen causa, als über ein Darlehn ausgestellt wird, der Novationsabsicht Ausdruck geben könne.

Natürlich braucht keineswegs immer „Novation" vorzuliegen. Schon die Römer benutzten die Stipulation nicht ausschließlich

---

[1]) Crome, BGB. Bd. 2 S. 272 Anm. 30.
[2]) Bähr a. a. O. S. 207 u. 209.
[3]) Crome, Französisches Obligationenrecht S. 352 Anm. 30.
[4]) Windscheid a. a. O. §§ 354 Anm. 2a und 364 Anm. 3.
[5]) Dernburg, Preuß. Privatrecht § 63.

zur Novation, und wird eben auch heute diese Vereinbarung vielfach noch den Sinn haben, daß das frühere Rechtsverhältnis nach wie vor die Grundlage des Anspruchs bilden soll, so daß die neue abstrakte Obligation neben die alte materielle treten soll. Entscheidend ist eben lediglich, ob nach Lage der Sache auf die novatorische Absicht der Parteien geschlossen werden kann.

Was die Praxis anbetrifft, so liegen viele höchstrichterliche Entscheidungen vor,[1]) welche sich zur Novation bekannt und aus dieser Konstruktion des Verhältnisses Schlüsse gezogen haben, insbesondere über den Einfluß des Bestehens oder Nichtbestehens der alten Schuld und die Beweislast in diesem Falle.

Überwiegen wird m. E. wohl die abstrakte „akzessorische" Verbindlichkeit; denn erstens wird meiner Ansicht nach diese besser dem wirtschaftlichen Zweck und der vermeintlichen Absicht der Parteien gerecht, dann gewährt aber der akzessorische Vertrag auch zugleich im Prozeß einen neuen Klagegrund, da ja die ursprüngliche Forderung bestehen bleibt.

III.

Wirkungen der Vereinbarung, daß aus beliebigem Grunde geschuldetes Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll.

§ 9.

1. Bei Begründung eines wirklichen Darlehns.

Was zunächst die Form der Vereinbarung anbetrifft, so ist eine solche für den Fall, daß ein wirkliches Darlehn begründet werden soll, nicht vorgeschrieben.

[1]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 13 Nr. 171, Bd. 17 Nr. 236, Bd. 28 Nr. 20 u. a. m.

Selbstverständlich ist, daß auch hier die materiellen Grundsätze des Darlehns, wie wir sie in den §§ 607—610 BGB. vorfinden, zur Anwendung kommen. Es gelten also insbesondere auch die für die Rückerstattung des Darlehns in § 609 Abs. 2 BGB. festgesetzten Kündigungsfristen, vorausgesetzt natürlich, daß eine Zeit dafür von den Parteien nicht vereinbart ist. Dieselben betragen bei einem Darlehn von mehr als 300 Mk. drei Monate, bei einem Darlehn von geringerem Betrage einen Monat; nur wenn Zinsen nicht bedungen sind, ist der Schuldner auch ohne Kündigungsfrist zur Rückerstattung berechtigt.

Da nach unserer Konstruktion die alte Schuld als getilgt anzusehen ist, so gehen die für sie gegebenen Pfänder und Bürgschaften infolge ihres akzessorischen Charakters unter und ebenso auch alle sonstigen mit der alten Schuld verbundenen Vorzüge, z. B. Konkursprivilegien. Aus demselben Grunde hören auch die Zinsen auf zu laufen, und zwar gilt dies besonders für die Verzugszinsen; und schließlich kommt der Untergang der alten Obligation auch dem moraten Schuldner insofern zu statten, als jetzt auch seine mora fortfällt. Den früheren Einreden ist daher die neubegründete Schuld auch nicht mehr ausgesetzt.

Wichtig ist weiterhin auch die Frage nach der Verjährungsfrist, wofür jetzt bei der neubegründeten Schuld lediglich die allgemeinen Vorschriften aus §§ 195 ff. BGB. zur Anwendung kommen, so daß also die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren hier Platz greifen würde, und zwar auch dann, wenn für die ursprüngliche Schuld eine ganz kurze Verjährungsfrist bestand. Einer besonderen Parteivereinbarung dahin, daß auch weiterhin die kurze Verjährungsfrist bestehen bleiben soll, steht natürlich nichts im Wege.[1])

Während zur Substanziierung der Klage aus dem Darlehnsvertrage der Beweis der Hingabe gehört, genügt in unserem

[1]) vgl. dazu § 225 BGB.

Falle die Bezugnahme auf die Darlehnsschuld: die bisherige Schuld gilt als bezahlt und hat somit der Gläubiger die Vermutung ihres Bestandes für sich. Nicht er braucht ihre Existenz zur Begründung der Klage darzutun: es ist vielmehr Sache des Schuldners, zu beweisen, daß eine Schuld, die umgewandelt werden konnte, nicht bestanden hat. Der Gläubiger hat nur den Beweis dafür zu erbringen, daß eine Vereinbarung mit dem Schuldner stattgefunden hat derart, daß das bisher geschuldete Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll — ut crediti nomine eam pecuniam retineas —. Dazu gehört natürlich das gemeinschaftliche Bewußtsein beider Kontrahenten von einer individuellen, als bestehend vorausgesetzten Schuld.[1])

Ist dies nicht der Fall, so kann — da auf Grund unserer Konstruktion die Zahlung der alten Schuld anzunehmen ist — der Schuldner, wie bei jeder Zahlung einer Nichtschuld, die Erfüllung der alten Schuld mit der condictio indebiti anfechten. Hierbei trifft alsdann den Schuldner die Beweislast dafür, daß der Gläubiger durch die Zahlung, als deren unmittelbare Folge sich die Darlehnsverpflichtung darstellt, ohne rechtlichen Grund bereichert worden ist, wobei er entweder den Nachweis des Nichtbestehens der alten Schuld oder auch den Nachweis, daß ihrer Geltendmachung eine Einrede dauernd entgegenstand, erbringen muß.[2]) Demgegenüber kann alsdann der Gläubiger noch geltend machen, der Schuldner habe bei der Zahlung den Nichtbestand der Verpflichtung gekannt, oder daß die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.[3])

Aus der Fiktion der Zahlung folgt auch, daß diese condictio indebiti nicht die Natur einer condictio indebiti promissi

---

[1]) v. Salpius a. a. O. S. 501 u. 503.
[2]) vgl. § 813 BGB. und Planck a. a. O. S. 529.
[3]) vgl. dazu § 814 BGB.

sondern vielmehr die einer condictio indebiti soluti hat; denn jene Schuld gilt als bezahlt, damit das bezahlte Geld als Darlehnsvaluta zum Gläubiger zurückkehren könne. Auf die Entschuldbarkeit des Irrtums kommt es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Gegensatz zum gemeinen Rechte nicht an.

Der neue Darlehnsvertrag unterliegt natürlich auch der Anfechtung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung auf Grund der §§ 119—124 BGB., wodurch dann der Vertrag als ein von Anfang an nichtiger anzusehen ist.[1])

Wie verhält es sich nun mit den Wirkungen, wenn zahlbare, aber nicht klagbare Forderungen — sog. Naturalobligationen — in ein materielles Darlehn umgewandelt werden, z. B. Forderungen aus Spiel und Wette? Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als ob die Einrede, es liege hier eine Naturalobligation vor, nach Umwandlung in ein Darlehn nicht mehr erhoben werden könne; denn nach unserer Konstruktion ist ja bereits Zahlung erfolgt. Es ist dies allerdings eine richtige Folgerung; im Gesetz ist aber in § 762 Abs. 2 bestimmt: „Die Vorschriften des § 762 Abs. 1 BGB. — es heißt hier: „Durch Spiel und Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet" — gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht." Durch die Statuierung dieses Abs. 2 des § 762 BGB. hat der Gesetzgeber die Tilgung der Spielschuld durch Leistung nur in den Fällen zugelassen, wo die Leistung nicht in der Übernahme einer neuen Verbindlichkeit besteht. Die bei unserer Konstruktion fingierte Solution geschieht aber lediglich, um kontrahieren zu können, und die daraus entspringende Obligation ist dann doch eine Vereinbarung im Sinne des § 762 Abs. 2 BGB., durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung

[1]) vgl. § 142 Abs. 1 BGB.

einer Spielschuld dem gewinnenden Teil gegenüber eine Verpflichtung eingeht. Eine solche Verhaftung ist demnach nicht bindend; sie ist nichtig, und wird daher die Naturalobligation auch keineswegs durch die Umwandlung klagbar. Im Resultat stimmt hiermit auch Rümelin[1]) überein, wenn er sagt, daß, wenn man auch eine Abmachung der Parteien im Sinne der duplex numeratio für möglich halten sollte, durch sie doch keinesfalls der legislatorische Zweck der Bestimmung des § 762 BGB. vereitelt werden könne. Es müßten diese Paragraphen sinngemäß auch gegenüber einer solchen Verabredung durchschlagen.

Ebenso liegt die Sache beim Ehemäkler. Die fingierte Solution bei der Umwandlung in ein wirkliches Darlehn macht auch hier das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe nicht klagbar; denn eine entsprechende Bestimmung wie beim Spiel in § 762 Abs. 2 BGB. finden wir für den Ehemäkler in § 656 Abs. 2 BGB. Es heißt darin: Die Vorschriften des Abs. 1 — hier ist nämlich von der Nichtklagbarkeit des fraglichen Versprechens die Rede — gelten auch für die Vereinbarung, durch die der andere Teil zum Zweck der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht. Anders liegt der Sachverhalt beim Schenkungsversprechen, wenn die Form, die laut § 518 Abs. 1 BGB. gerichtliche oder notarielle Beurkundung sein muß, nicht gewahrt ist. Da hier in der fingierten Zahlung ein Tilgungsakt der alten Obligation liegt, so greift jetzt die Bestimmung des § 518 Abs. 2 BGB. Platz, wonach die Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt wird. Die anfangs klaglose Schuld wird hier also klagbar, denn die Zahlung ist gültig und somit die condictio ausgeschlossen.

Praktisch wird allerdings in den seltensten Fällen hier von

---

[1]) Rümelin a. a. O. S. 256/57.

einem wirklichen Darlehn die Rede sein können; es wird vielmehr meistens ein Anerkenntnis anzunehmen sein; denn es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen ein Schenkungsversprechen, das doch wohl ebenso klar und in seinen Folgerungen ebenso einfach ist wie das Darlehn, in ein solches umgewandelt werden sollte; es sei denn, daß eine Umgehung der in § 518 BGB. vorgeschriebenen Form beabsichtigt ist, in welchem Falle alsdann § 117 BGB. Platz greifen würde.

War die alte Schuld verjährt, so ist die condictio indebiti unzulässig; denn die verjährte Forderung ist erfüllbar und kann nach §§ 813 und 222 BGB. das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden, selbst wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt wurde.

Liegen nun aber die Voraussetzungen der condictio indebiti vor, so kann der Schuldner der Darlehnsklage des Gläubigers gegenüber die Erfüllung der Leistung jederzeit verweigern. — § 821 BGB.

§ 10.

2. Bei Begründung einer abstrakten Schuldverbindlichkeit.

a) Die dem novatorischen und akzessorischen Vertrage gemeinsamen Wirkungen.

Da die Parteien hier ihre Verbindlichkeiten auch unter die Darlehnsgrundsätze stellen wollen, so sind hier ebenfalls in erster Linie die Bestimmungen der §§ 608 und 609 BGB. anzuwenden. Im übrigen kommen denn auch die entsprechenden Grundsätze über Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis nach §§ 780 ff. BGB. zur Anwendung.

Was die Form anbetrifft, so ist im Gegensatz zum gemeinen Recht nach Bürgerlichem Gesetzbuch Schriftlichkeit erforderlich;[1]) es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 782 BGB. vorliegen, wonach diese Form nicht notwendig, wenn das Versprechen oder Anerkenntnis auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs gegeben wird, oder daß diejenige Partei, welche das Anerkenntnis abgibt, Kaufmann im Sinne der §§ 1 und 2 HGB., mit Ausnahme der in § 4 HGB. genannten Personen, ist.[2]) Wollte man diese Form deshalb für nicht erforderlich halten, weil der Vertrag auf die Umwandlung der bestehenden Schuld in eine Darlehnsschuld gerichtet sei, so würde die Formvorschrift des § 781 BGB. alle Bedeutung verlieren. Die Parteien brauchten dann nur statt des Ausdrucks „Anerkenntnis der Schuld" den Ausdruck „Umwandlung der Schuld in ein Darlehn" zu gebrauchen, um ihren Zweck ohne Beobachtung der Form zu erreichen.[3]) Soll die Umwandlung die Feststellung und Anerkennung der Schuld bewirken, so geht dies eben nur auf dem im § 781 BGB. bezeichneten Wege.

Was die Frage nach der für die Klage erforderlichen Substanzierung und der Beweispflicht anbetrifft, so kann der Empfänger des Anerkenntnisses sich fortan einfach auf das Anerkenntnis beziehen, da ja der neue Vertrag von der zu Grunde liegenden causa losgelöst ist. Es genügt somit die Vorlegung des Darlehnsscheines und die Darlegung, daß das Versprechen angenommen ist.[1]) Bei einem event. Bestreiten würde der Gläubiger demnach zu beweisen haben, daß die Darlehnsurkunde weder gefälscht noch verfälscht ist.

Besteht die Schuld, die der Schuldner durch die Vereinbarung anerkannt hat, in Wirklichkeit nicht, so greifen die Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung insofern Platz,

[1]) vgl. § 781 BGB. u. Rümelin a. a. O. S. 258.
[2]) vgl. § 350 HGB.
[3]) Planck a. a. O. S. 341 ff.

als das abstrakte Versprechen einen selbständigen Vermögenswert darstellt, und der Gläubiger schon durch dessen Abgabe eine „Leistung" empfangen hat; denn nach § 812 Abs. 2 BGB. gilt als Leistung auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.

Was hierbei die Beweislast anbetrifft, so gilt dafür das bereits im vorigen Paragraphen Gesagte.

Für die Verjährung greifen ebenfalls die allgemeinen Vorschriften laut §§ 195 ff. BGB. Platz, so daß also auch hier, selbst wenn für die zu Grunde liegende Forderung eine kürzere Verjährungsfrist bestand, die regelmäßige Verjährungsfrist 30 Jahre beträgt.

Bezüglich der Anfechtung des abstrakten Vertrages wegen Irrtums, Täuschung und Drohung gelten natürlich auch die in §§ 119—124 BGB. gegebenen Vorschriften.

Wie wir gesehen, erfordert das Anerkenntnis schriftliche Form. Wie steht es aber mit dem Fall, wenn durch unsere Vereinbarung ein Schenkungsversprechen anerkannt werden soll? Genügt hier zur Klagbarkeit die bloße schriftliche Form des Anerkenntnisses? In § 518 BGB. ist bestimmt: Zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich. „Das gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis der in §§ 780 und 781 BGB. bezeichneten Art schenkweise erteilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkenntniserklärung."

Diese letztere für unsere Frage wichtige Bestimmung findet dann noch eine Ergänzung in § 781 Satz 2 BGB., worin es heißt, daß, wenn der Vertrag seinem Inhalte nach einer stärkeren Form als der bloßen Schriftlichkeit bedarf, diese zu

---

[1]) Planck a. a. O. Anm. zu § 780.

beachten sei. Durch bloßes Anerkenntnis würde somit ein Schenkungsversprechen nicht klagbar gemacht werden.

Ähnlich liegt die Frage, ob Naturalobligationen durch Anerkenntnis in klagbare Obligationen verwandelt werden können. Wie wir vorhin schon betonten, ist durch Gesetz jedem Rechtsgeschäft, das auf die causa des Spieles hin erfolgt, die verpflichtende Kraft versagt. Durch Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis, Ausstellen eines Wechsels über eine Spielschuld kommt daher auch nach § 762 Abs. 2 BGB. eine wirksame Schuldverpflichtung nicht zustande.[1]) Es heißt dort ausdrücklich: Die Vorschriften des Abs. 1 gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teil gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, „insbesondere für ein Schuldanerkenntnis".

Entsprechende Bestimmungen finden sich auch in § 656 Abs. 2 BGB. bezüglich der Vereinbarung eines Ehemäklerlohnes.

b) Die Verschiedenheiten der Wirkungen.

α) Die Schuldverbindlichkeit ist novatorischen Charakters.

β) Sie ist akzessorischen Charakters.

α) Bei der Schuldverbindlichkeit novatorischen Charakters ist die alte Obligation untergegangen, und eine völlig neue ist an ihre Stelle getreten. Ein Zurückgreifen auf die alte Obligation ist also ebenso wie auch bei der Begründung eines materiellen Darlehns ausgeschlossen. Eine weitere Folge ist dann der Untergang der für sie bestellten Sicherheiten, der Bürgschaften und Pfandrechte; denn diese sind ja alle streng akzessorischer Natur. Ferner hören auch sämtliche Zinsen auf zu laufen, und eine etwa vorhandene mora des Schuldners fällt auch fort.

---

[1]) Vgl. auch RGE. Bd. 5 S. 124.

Selbstverständlich tritt das neue Schuldverhältnis nur dann an die Stelle des alten, wenn dieses letztere als bestehend angenommene, auch tatsächlich bestand. Wird daher z. B. eine bedingte Schuld noviert, so gilt die neue eingangene Schuld nur für den Fall, daß die Bedingung der alten eintritt.[1])

β) Anders äußern sich die Wirkungen bei der akzessorischen Natur der Schuldverbindlichkeit. Hier bleibt das alte Schuldverhältnis bestehen, und das neubegründete tritt lediglich neben das alte. Der Gläubiger kann somit sowohl auf das erste, als auch auf das neue Schuldverhältnis seine Klage stützen, jedoch stets nur so, daß bei erfolgter Zahlung beide Verpflichtungsgründe hinfällig werden.

Bürgen und Pfänder der alten Schuld bleiben natürlich verhaftet. Nur ist eine mit der Abänderung verbundene Erweiterung der Schuld durch ein Rechtsgeschäft, z. B. durch Zinsversprechen gegen den Bürgen, nicht ohne die Zustimmung des Verpflichteten wirksam.[2])

Die Zinsen laufen selbstverständlich auch weiter, und der einmal in mora befindliche Schuldner wird nicht von seiner mora befreit.

---

[1]) vgl. schon l. 8 § 1 Dig. 46, 2.

[2]) vgl. dazu die Bestimmungen in § 767 Satz 3 BGB. und in § 1210 Abs. 1 Satz 2 BGB.

C. Schluß.

Ein kurzer Rückblick auf unsere Ausführungen läßt uns erkennen, daß es eine offene, nach den allgemeinen Grundsätzen zu beantwortende Frage bleibt, ob in dieser positiv anerkannten Form eines Darlehnsvertrages ein wirkliches Darlehn enthalten ist, oder ob eine selbständige Schuldverbindlichkeit, die akzessorischer oder novatorischer Natur sein kann, begründet wird. Nur aus dem aus den Umständen zu entnehmenden jeweiligen Parteiwillen läßt sich entscheiden, welche unserer Konstruktionen im gegebenen[1]) Fall die zutreffende ist.

Als das Regelmäßige wird man wohl ein abstraktes Schuldversprechen anzunehmen haben; denn dem Darlehnsnehmer, der in ernstliche Darlehnsunterhandlungen getreten ist, wird mit einer Berichtigung der Darlehnsvaluta durch Verrechnung mit der schon bestehenden Schuld nur wenig genützt sein, so daß wir es mit der Begründung eines materiellen Darlehns bei unserer Vereinbarung nur selten zu tun haben werden.

Daß nun bei der abstrakten Schuldverbindlichkeit das akzessorische Versprechen überwiegt, haben wir bereits an anderer Stelle[2]) begründend hervorgehoben. Eine Novation ist demnach nur anzunehmen, wenn ein entsprechender Parteiwille dafür besonders zum Ausdruck kommt oder doch zum mindesten nach Lage der Sache auf die Novationsabsicht der Parteien geschlossen werden kann.

---

[1]) vgl. Klemperer a. a. O. S. 578.

[2]) vgl. S. 41 der Arbeit.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.